Ueber die telephonische Vertragsannahme und ihre Verhinderung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der hohen juristischen Fakultät
der Universität Leipzig

eingereicht von

Eugen Leeser
Gerichtsreferendar aus Dülmen i. Westf.

ACAD.
LEGUM BAT.
MUNST.

Dülmen i. W., 1909.
Buchdruckerei Jos. Sievert.

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Verzeichnis der benutzten Literatur . . . 6—8

II. Einleitung § 1. 9

III. Die Annahme eines Vertragsantrags im Allgemeinen § 2 9—11

IV. Wann liegt im Fernsprechverkehr eine Annahme unter Anwesenden, wann eine solche unter Abwesenden vor? § 3. . . . . 11—16

V. Wann wird eine telephonische Annahme rechtswirksam und zwar:

1) eine Annahme unter Anwesenden? § 4. . . 16—17
2) eine Annahme unter Abwesenden? § 5. . . 17—21

VI. Kommt ein Vertrag zu stande, wenn die telephonische Annahme an eine Person ohne Vertretungsrecht gelangt? § 6. . . . . 21—26

VII. Beurteilung der Rechtsstellung einer solchen Person § 7 26—29

VIII. Die Vereitelung des Empfanges der telephonischen Annahme

1) unter Abwesenden, § 8. . . . . 30—37
2) unter Anwesenden § 9. . . . . 37—38

Verzeichnis der benutzten Literatur.

A. Lehrbücher.

1. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd I. 4. Aufl. Jena, 1903.
2. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I. Tübingen und Leipzig, 1900.
3. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens. Bd. I. 3. Aufl. Halle, 1906.
4. Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts. Bd. I. 5. Aufl. Halle, 1894.
5. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. Berlin, 1903.
6. Enneccerus u. Jaeger, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 3. Aufl. Marburg, 1905.
7. Förster u. Eccius, Preussisches Privatrecht. Bd. I. 7. Aufl. Berlin, 1896.
8. Goldmann u. Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. I. 2. Aufl. Berlin, 1901.
9. Leske, B. G. B. und Preussisches A. L. R. 1. Hälfte, 1. und 2. Aufl. Berlin, 1900.

B. Kommentare.

1. Gareis, Der allgemeine Teil des B. G. B. Berlin, 1900
2. Hölder, Kommentar zum B. G. B. Bd. I. Allgemeiner Teil, München, 1900.
3. Koch, Kommentar zum A. L. R. 8. Aufl. Bd. I. Berlin, 1884.
4. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin, 1903.
5. Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen für das Studium und die Praxis. Bd. I. Allgemeiner Teil, Berlin, 1899.
6. Staub, Kommentar zum H. G. B. Bd. II. 8. Aufl. Berlin, 1907.
7. Staudinger, Kommentar zum B. G. B. Bd. I. Allg. Teil. 3. und 4. Aufl. München, 1907.

C. Materialien des B. G. B.

1. Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich. 1. Lesung. Amtl. Ausgabe. Berlin und Leipzig, 1888.
2. Motive eines Entwurfs des B. G. B. für das deutsche Reich, Bd. I. Allg. Teil. Berlin und Leipzig, 1888.

3. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes des B. G. B. Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Dr. Achilles, Dr. Gebhard, Dr. Spahn. Bd. I. Berlin, 1897.

D. Entscheidungen.

1. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft. Bd. 50. S. 191, — Bd. 56. S. 262, — Bd. 57. S. 353 und Bd. 58. S. 408.

2. Entscheidungen des Reichsgerichts, abgedruckt in der „Juristischen Wochenschrift" Jahrgang 1905, S. 317, S. 488 und S. 716.

E. Abhandlungen.

1. Bekker, „Sprachliches und Sachliches zum B. G. B." Im 49. Bd. von „Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts."

2. v. Blume, Prof. Dr. „Versäumnis des Empfanges von Willenserklärungen." Im 51. Bande. das.

3. Breit, Dr. James, „Die Verhinderung der Vollziehung einer Willenserklärung" in „Seufferts Blättern für Rechtsanwendung." 71. Jahrgang. 1906. S. 589 ff.

4. Francke, Oberlandesgerichtsrat, „Zum Vertragsschluss durch Fernsprecher" in „Das Recht". 5. Jahrgang 1901. S. 201.

5. Frankenburger, Dr. Justizrat, „Rechtliche Bedeutung der Telephongespräche" in der „Deutschen Juristenzeitung." 9. Jahrgang, 1904. S. 844 ff.

6. Habicht, Oberlandesgerichtsrat, „Die Verhinderung der Abgabe einer Willenserklärung" in der „Deutschen Juristenzeitung". 6. Jahrgang, 1901, S. 265 ff.

7. David, Landrichter Dr. „Verhinderung bei Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung" in den „Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts" von Gruchot. 46. Jahrgang. Berlin, 1902.

8. Hellwig, Prof. Dr. „Reichsgerichtliche Judikatur über das Zugehen von Willenserklärungen" in der „Juristischen Wochenschrift. 34. Jahrgang, 1905, S. 356 ff.

9. Hölder, Prof. Dr.. „Zur Theorie der Willenserklärungen," Festgabe für Degenkolb, Leipzig, 1905.

10. Hölder, Prof. Dr., „Ueber Willenserklärungen mittels Fernsprechers" in der „Deutschen Juristenzeitung." 6. Jahrgang, 1901, S. 167.

11. Hölder, Prof. Dr., „Der Zugang der Willenserklärung" das. S. 340 ff.

12. Isay, „Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäftes“ nach dem B. G. B. für das deutsche Reich. Jena, 1899.
13. Joerges, Amtsrichter Dr. „Zum Rechte des Fernsprechverkehrs“ in Goldschmidts „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.“ 56. Bd. Neue Folge 41. Bd. Stuttgart, 1905.
14. Jung, Erich, „Von der logischen Geschlossenheit des Rechts“ in der Festgabe der Giessener Juristenfakultät für Dr. Heinrich Dernburg. Berlin, 1900.
15. Kohler, „Vertrag unter Anwesenden“ im Archiv für bürgerliches Recht von Kohler und Ring. Bd. I. Berlin, 1889.
16. Koppers, Landrichter, „Die Vollendung empfangsbedürftiger mündlicher Willenserklärungen“ in „Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts“, 46. Jahrgang. Berlin, 1902. S. 225 ff.
17. Koppers, Landrichter, „Willenserklärungen mittels Fernsprechers“, in der „Deutschen Juristenzeitung“. 6. Jahrgang. 1901. S. 112 ff.
18. Koppers, Oberlandesgerichtsrat, „Zugehen mündlicher Willenserklärungen“ in der „Deutschen Juristenzeitung.“ 11. Jahrgang. 1906. S. 75.
19. Oertmann, Prof. Dr., „Zugehen und Vernehmen“ in „Das Recht“. 10. Jahrgang. 1906. S. 722 ff.
20. Sames, „Der Ferndrucker als Uebermittler von Willenserklärungen“ in der „Deutschen Juristenzeitung.“ 9. Jahrgang. 1904. S. 1179 ff.
21. Titze, „Der Zeitpunkt des Zugehens bei empfangsbedürftigen schriftlichen Willenserklärungen“ in „Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts“. 47. Bd. 1904.
22. Zitelmann, „Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines B. G. B. für das deutsche Reich“. Berlin, 1899 Teil I.

F. Dissertationen.

1. Pagener, „Beitrag zur Lehre vom Vertragsschlusse unter besonderer Berücksichtigung des Vertragsschlusses mittelst Fernsprechers“. Heidelberger Inaugural-Dissertation. Borna-Leipzig, 1908.
2. Siecke, „Was bedeutet das Zugehen bei den empfangsbedürftigen Willenserklärungen?“ Rostocker Inaugural-Dissertation. Leipzig, 1905.

Einleitung.

§ 1.

Ueber den Verkehr mittels Fernsprechers enthält das B. G. B. nur die kurze Bestimmung des § 147 Abs. 1. S. 2.

Da diese Vorschrift allein nicht ausreicht, die zahlreichen bei der Benutzung des Fernsprechers im Rechtsverkehre sich ergebenden Fragen bestimmt zu lösen, so ist das Material, das Wissenschaft und Rechtsprechung über die rechtliche Behandlung von Ferngesprächen bieten, bei der großen Verbreitung des Fernsprechers zur Uebermittlung rechtsgeschäftlicher Erklärungen um so reichhaltiger.

Aus der Fülle des Stoffes ist die rechtliche Behandlung des Ferngesprächs, das unmittelbar den Vertragsschluß herbeiführt, also die Behandlung der telephonischen Vertragsannahme, herausgegriffen worden.

Zweck der Arbeit war, zu einer Reihe der sich ergebenden Streitpunkte im Rahmen der Lehre von der Willenserklärung und der Vertragslehre des B. G. B Stellung zu nehmen.

Als Ausgangspunkt der Erörterung ist das Notwendige von der Vertragslehre des B. G. B. im Allgemeinen vorausgeschickt worden.

§ 2.

Zum Zustandekommen eines Vertrages sind zwei Willenserklärungen erforderlich, deren eine das B. G. B. in den §§ 145 ff. „Antrag", deren andere es „Annahme" nennt. Die Person, die das Vertragsanerbieten stellt, nennt das Gesetz den „Antragenden", während es die Gegenpartei den „Anderen" nennt. Hat der „Andere" den Vertragsantrag uneingeschränkt und rechtzeitig angenommen, so ist die Einigung der Parteien erfolgt und der Vertrag geschlossen. Die Annahme stellt sich als eine einseitige, in der Regel auch empfangsbedürftige Willenserklärung dar, einseitig, weil sie nur von der einen

Partei ausgeht, empfangsbedürftig (nach der von Zitelmann[1]) zuerst angewandten, heute aber allgemein gebräuchlichen Ausdrucksweise[2]), weil die Richtung der Erklärung an den Andern und der Empfang durch ihn erfordert werden.[3])

In den zwei §§ 130 und 147 unterscheidet das B. G. B. zwischen einer Willenserklärung unter Anwesenden und einer solchen unter Abwesenden. Diese Unterscheidung ist von Erheblichkeit für den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Willenserklärung überhaupt und der Annahme im Besonderen, denn eine Annahme unter Abwesenden wird nach der Vorschrift des § 130 Abs. 1. S. 1. B. G. B. in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie dem Antragenden zugeht[4]). Maßgebend nach bürgerlichem Rechte ist weder der Zeitpunkt der Aeußerung, noch der der Absendung, noch der der Kenntnisnahme, sondern gemäß der sogenannten „Empfangstheorie" der des Zugangs. Es wird heute nicht mehr bestritten, daß die Empfangstheorie durch das B. G. B. für den Zeitpunkt der Rechtswirksamkeit einer Willenserklärung unter Abwesenden zur Herrschaft gelangt ist.[5])

Ueber den Zeitpunkt der Wirksamkeit einer Willenserklärung gegenüber einem Anwesenden enthält das B. G. B. keine ausdrückliche Bestimmung. Die Entscheidung dieser Frage ist somit der Wissenschaft und Rechtsprechung anheim-

---

[1]) Zitelmann S. 23.

[2]) Isay S. 48.

[3]) Zitelmann S. 98.

[4]) Durch diese Bestimmung ist der gemeinrechtlichen Streitfrage ein Ende gemacht. Das gemeine Recht gab vier Theorien Raum: der Aeusserungs-, Uebermittlungs-, Empfangs- und Vernehmungstheorie, entsprechend den einzelnen Stadien der Kundgabe des Vertragswillens. Für das A. L. R. war streitig, welcher dieser Theorien das Gesetz folgte, doch überwog in der Praxis die Anwendung der Empfangstheorie. (Vgl. Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht S, 447 ff. Koch, A. L. R. †84 zu § 80 Teil I. 5. A. L. R., Leske, zu § 130 B. G. B.) Auch das frühere Handelsgesetzbuch stand trotz des Artikels 321 auf dem Boden der Empfangstheorie, wie es denn auch im Art. 319 von dem „Eingang" der Antwort spricht. (Zustimmend Rehbein, S. 321, Staudinger [2]) zu § 130 B. G. B.)

[5]) Vgl. über diesen Punkt besonders „Motive zum B. G. B." S. 157, Staudinger [2]) zu § 130, Planck, [1]) zu § 130, Dernburg, S. 446, Enneccerus, S. 386, Cosack, S. 181 u. A m.

gegeben, welche sie unter Berücksichtigung des im Verkehre Ueblichen zu lösen haben. Stehen sich die Vertragschliessenden in Person gegenüber, so wird, in der Regel, der Zeitpunkt des Aussprechens der Annahme, der mit dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme auf der anderen Seite zusammenfällt, spätestens der für die Vollendung des Vertrages entscheidende sein.[1]) Ob aber der Vertrag vollendet sein kann, bevor eine wirkliche Kenntnisnahme seitens der anderen kontrahierenden Partei erfolgt ist, — diese Frage, soweit sie für den Fernsprechverkehr in Betracht kommt, zu beantworten, wird Gegenstand späterer Erörterungen sein. (Vgl. § 9).

§ 3.

Bei der Anwendung der Grundsätze des B. G. B. auf die telephonische Annahme sind also zunächst die Fragen zu beantworten, ob die telephonische Annahme eine Willenserklärung unter Abwesenden, ob sie eine solche unter Anwesenden ist, oder, ob sie sowohl eine Willenserklärung unter Anwesenden wie eine solche unter Abwesenden sein kann Wie schon erwähnt, enthält das B. G. B. über den rechtsgeschäftlichen Verkehr mittels Fernsprechers als einzige Bestimmung die Vorschrift des § 147 Abs. 1. S. 2., wonach ein mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachter Antrag gleichwie der einem Anwesenden gemachte nur sofort angenommen werden kann. (§ 147 Abs. 1. S. 2. i. V. mit S. 1). Unter Erklärungen von Person zu Person sind die Erklärungen von der Person des Antragenden selbst zu der Person des anderen selbst oder auch umgekehrt zu verstehen. Für diese Personen können gemäß § 164 Abs. 1 S. 1 und § 164 Abs 3 B. G. B. Personen mit Vertretungsmacht eintreten, sofern sie innerhalb ihrer Vertretungsmacht handeln. Staudinger bezeichnet es als fraglich, ob auch dann unter Anwesenden verhandelt wird, wenn einem Stellvertreter oder auch von einem solchen durch den Fernsprecher ein Antrag

[1]) Mit der gemeinen Meinung vgl. insbesondere hierzu Planck[2]) zu § 130 B. G. B. Enneccerus S. 389, Crome § 88 S. 390, Goldmann und Lilienthal S. 390, Hölder, „Zur Theorie der Willenserklärung“ S. 131; David, a. a. O. S. 235 u. A. m.

gemacht wird. Für die Verneinung scheint ihm der Wortlaut des § 147 Abs. 1 (von Person zu Person) zu sprechen; jedoch gesteht er zu, daß dieser Wortlaut, nachdem einmal der Grundsatz der direkten Stellvertretung vom B. G. B. angenommen ist, nicht zwingend sei.[1]) In der Tat wäre es eine zu formelle Auslegung der Worte „von Person zu Person", wollte man den Vertragsschluß zwischen Vertretern mit Vertretungsmacht nicht dem Vertragsschlusse zwischen den Parteien selbst gleichstellen. Entscheidend ist, daß eine Willenserklärung, die Jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgiebt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt. (§ 164 S. 1. B. G. B.) und somit in der Wirkung einer Erklärung gleichsteht, die der Vertretene selbst abgegeben hätte. Ist aber dies der Fall, so sind auch telephonische Anträge und Annahmeerklärungen zwischen legitimierten Vertretern Erklärungen von Person zu Person und es können derartige Anträge nur sofort angenommen werden gleichwie Anträge an Anwesende.

Es wäre verfehlt, aus § 147 Abs. 1 B. G. B. folgern zu wollen, daß allgemein eine Erklärung mittels Fernsprechers als eine Erklärung an einen Anwesenden zu behandeln ist. Die gleiche Behandlung wird vielmehr vom Gesetze nur für einen Antrag von Person zu Person und nur in Bezug auf den Zeitpunkt der Annahme desselben ausgesprochen.[2]) Enneccerus,[3]) der allgemein eine Erklärung mittels Fernsprechers wie eine Erklärung an einen Anwesenden behandelt, berücksichtigt die zuerst gemachte Einschränkung nicht. Wenn er auch bemerkt, daß im § 147 Abs. 1. S. 1. B. G. B. die Gleichstellung nur für die Regel ausgesprochen ist, daß ein durch Fernsprecher gemachter Antrag wie der an einen Anwesenden gestellte nur sofort angenommen werden kann, so zieht er nicht in Erwägung, daß auch

---

[1]) Vgl. hierzu Staudinger, zu § 147, [3]); für die Bejahung mit der gemeinen Meinung auch Staub S. 1290 Anm. 31, Frankenburger S. 845, Joerges S. 72.

[2]) So auch Staudinger [5]) zu § 130 B. G. B.

[3]) Enneccerus S. 389.

eine Annahme von Person zu Person vorauszusetzen ist. Es ist aber der letztere Gesichtspunkt entscheidend dafür, daß das Gesetz die telephonische Annahme von Person zu Person mit der Annahme unter Anwesenden gleichstellt.

Wie die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des B. G. B. bekunden[1]), bestand in dieser Kommission darüber Einverständnis, daß die in dem jetzigen § 147 Abs. 1. B. G. B. analoge Bestimmung des § 83 des Entwurfes eines B. G. B.[2]) nur dann Geltung haben solle, wenn ein unmittelbarer telephonischer Verkehr zwischen den Offerenten und dem Oblaten stattfinde, und, daß sie deshalb nicht anwendbar sei, wenn z. B. nach der Verkehrseinrichtung die telephonische Mitteilung noch einer Weiterbeförderung an die Partei selbst durch Mittelspersonen bedürfte. Daß nur dann ein Vertrag unter Anwesenden vorliegt, wenn die Parteien selbst oder doch ihre zum Vertragsschlusse berechtigten Vertreter telephonisch kontrahieren, ist der Sinn des § 147 Abs. 1. B. G. B.[3])

Es ist zwar unbestreitbar, daß die Parteien beim telephonischen Vertragsschlusse abwesend sind, sofern nur die räumliche Entfernung betont werden soll. Allein räumlich entfernte Personen können recht wohl rechtlich und im Sinne des § 147 B. G. B. anwesend sein. Maßgebend ist die beim Fernsprechverkehr den Vertragsparteien gebotene Möglichkeit des Gedankens- und Willensaustausches, sowie der Umstand, daß auf den Antrag sofort die Annahme ergehen, kurz, daß jede Partei so verhandeln kann, als wie wenn sie am selben Orte der andern Partei gegenüberstände.[4])

[1]) Protokolle S. 78 f.

[2]) § 83 des Entwurfes eines B. G. B. lautet: Wird der Vertragsantrag ohne Bestimmung einer Annahmefrist einem Anwesenden gemacht und von diesem nicht sofort angenommen, so erlischt der Antrag.

[3]) Diese Ansicht wird in der Literatur fast allgemein vertreten. Vgl. insbesondere Endemann S. 314 Anm. 26, Staudinger [3]) zu § 147 und [5]) zu § 130 B. G. B., Planck S. 335 f., Holder in der „D. Jur. Ztg." 1901 S. 157, Frankenburger a. a. O. S. 145, Francke in „Das Recht" S. 201, Entscheidung des Reichsger. vom 17./6. 05 abgedruckt in der „Jur. Wochenschrift" 1905. S. 488.

[4]) Vgl. auch Dernburg S. 436, Staub S. 1290 Anm. 28 und 29, Gareis S. 184, Goldmann und Lilienthal S. 173 f., Sames „Deutsche Juristenzeitung" 1904. S. 1179.

So nimmt auch Kohler[1]) einen Vertrag unter Anwesenden überall da an, wo sich die Parteien zur Gedanken- und Willenskommunikation einander gegenüberstehen, also insbesondere bei den Verhandlungen durch das Telephon. Wie Enneccerus mit Recht bemerkt, macht es keinen Unterschied, ob die Schallwellen nur durch Vermittelung der Luft oder unter Mitwirkung eines grösseren Apparates an des Anderen Ohr gebracht werden.[2]) Die Motive[3]) zum Entwurfe eines B. G. B. bemerken hierzu: „Ob eine Willenserklärung unter Anwesenden oder Abwesenden erfolgt, hängt von der Beschaffenheit des Falles ab. Wenn mit der herrschenden Meinung für das Eine oder das Andere entschieden wird, je nachdem die Beteiligten sich in solcher körperlicher Nähe, daß sie von Person zu Person verhandeln können, befinden oder nicht befinden, so ist dieser Gesichtspunkt nicht ohne weiteres verwertbar für diejenigen Willenserklärungen, welche im Wege des unmittelbaren telephonischen Verkehres abgegeben werden; es wird zwar von Person zu Person verhandelt, aber die Beteiligten befinden sich nicht in körperlicher Nähe. Es spricht manches für die Annahme, daß auf diesen Verkehr die Grundsätze des mündlichen Verkehres unter Anwesenden Anwendung zu finden haben.“ Die Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines B. G. B.[4]) begründen die Annahme des § 83 S. 2. des Entwurfes (§ 147 Abs. 1. B. G. B.) mit folgender Erwägung: Die große Bedeutung des Fernsprechwesens mache es dringend erforderlich, zu der an sich zweifelhaften Frage positiv Stellung zu nehmen, ob der telephonische Verkehr rechtlich als ein Verkehr unter Anwesenden oder als ein solcher unter Abwesenden anzusehen sei. Man müsse sich für das Erstere entscheiden. Eine körperliche Anwesenheit im gewöhnlichen Sinne sei allerdings nicht vorhanden; hierauf komme es indessen nicht an. Entscheidend sei, daß wie bei körperlich Anwesenden

[1]) Kohler, Vertrag unter Abwesenden, S. 301, ähnlich Staub zu § 147 B. G. B.
[2]) Enneccerus S. 389.
[3]) Motive S. 159.
[4]) Protokolle S. 78 f.

ein mündlicher unmittelbarer Verkehr stattfinde, daß Rede und Gegenrede von Person zu Person erfolgen könne. Da jedoch bei dem telephonischen Verkehre die Laute nicht unmittelbar von dem Einen dem Andern zukäme, sondernn eine Vermittlung durch den Mechanismus stattfinde, so sei die Gleichstellung mit dem Verkehre unter Anwesenden ausdrücklich auszusprechen. Es genüge, wenn dies hinsichtlich der Annahme einer Offerte geschehe. Für einen allgemeinen, auf sonstige empfangsbedürftige Willenserklärungen umfassenden Ausspruch würde sich schwerlich eine passende Form finden lassen, auch sei es fraglich, ob ein solcher nicht unter Umständen zu weit gehen würde. Man könne es der Wissenschaft und der Praxis überlassen, den dem § 83 S. 2. zu Grunde liegenden Gedanken in sonstigen Fällen, soweit derselbe zuträfe, gleichfalls zu verwerten.

Auch das B. G. B. will eine allgemeine Entscheidung der uns beschäftigenden Frage keineswegs geben, überläßt deren Beantwortung demnach der Wissenschaft und der Rechtsprechung.

Die im § 147 Abs. 1. B. G. B. sich findende Gleichstellung ist eine Folge des Grundsatzes, daß telephonische Willenserklärungen von Person zu Person im Sinne des Gesetzes Willenserklärungen unter Anwesenden sind.[1]) Demnach fällt auch unter diese Begriffsbestimmung die telephonische Annahme von Person zu Person. In den übrigen Fällen jedoch, in denen es sich nicht um die Parteien selbst oder ihre zum Vertragsschlusse berechtigten Vertreter handelt, ist die telephonische Willenserklärung, mithin auch die telephonische Annahme, eine Willenserklärung unter Abwesenden. Das Letzte wird stets zutreffen, wenn z. B. auf der Seite des Annehmenden die Partei selbst die Annahmeerklärung abgiebt, auf der Seite des Anderen aber eine zum Vertragsschlusse nicht ausdrücklich bevollmächtigte Person die tele-

---

[1]) Vgl. hierzu besonders Jung in der „Giessener Festgabe für Dernburg“ S. 1440 f., Joerges S. 67 f. insbesondere [60]). Abweichend Koppers in der „Deutschen Juristenzeitung“ 1901. S. 112.

phonische Annahme entgegennimmt. Der in den Protokollen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfes eines B. G. B. zum Ausdruck gelangten Ansicht, kann daher nur mit Begrenzung auf den Vertragsschluß von Person zu Person zugestimmt werden.

Es ist von Koppers[1]) wohl nur de lege ferenda die Ansicht ausgesprochen worden, daß die alte Unterscheidung zwischen Erklärungen unter Abwesenden und Anwesenden für die Lehre von der Vollendung der Willenserklärung aufzugeben sei, weil das Erklärungsmittel des Fernsprechers hierzu nötige. Nun bedient sich aber gerade das geltende Recht dieser Unterscheidung. (Vgl. § 130 und 147 B. G. B.) Sie ermöglicht auch, stets zu einem der Verkehrsanschauung entsprechenden Ergebnis zu gelangen, falls richtig unterschieden wird, wann im Verkehre mittels Fernsprechers eine Erklärung unter Anwesenden, wann eine solche unter Abwesenden vorliegt. Zu der von Koppers wohl ebenfalls nur de lege ferenda vorgeschlagenen Unterscheidung zwischen mündlichen und schriftlichen Erklärungen liegt u. E. kein Grund vor. Das Gesetz macht diese Unterscheidung nicht, und die §§ 130 ff. B. G. B. sprechen nur von Willenserklärungen allgemein und verstehen hierunter schriftliche und mündliche Erklärungen. Auch nötigt die Verschiedenheit des Vorganges bei beiden Arten der Erklärung, Reden und Hören bei der einen, Schreiben und Lesen bei der anderen, nicht unbedingt zu dieser Unterscheidung.

§ 4.

Findet man unter Beobachtung der im vorigen Abschnitt aufgestellten Gesichtspunkte einen Vertrag unter Anwesenden vor, — verhandeln die Parteien also persönlich oder durch Bevollmächtigte, so sind für den Fernsprechverkehr bezüglich des Zeitpunktes der Rechtswirksamkeit der Annahme die in § 2. a. E. für die Annahme unter Anwesenden im Allgemeinen aufgestellten Grundsätze maß-

[1]) Vgl. zum Folgenden Koppers in „Gruchots Beiträgen“ 1902. S. 126 ff.

gebend. Die telephonische Annahme ist also spätestens rechtswirksam, wenn der Antragende oder sein Vertreter die auf den Antrag erfolgende Annahme vernommen hat. Ob auch dann ein mittels Fernsprechers geschlossener Vertrag rechtwirksam ist, wenn das Vernehmen der Erklärung durch Umstände, die in der Person des andern Vertragsteiles liegen, gehindert wird, soll später erörtert werden. (Vgl. § 9.)

§ 5.

Sind aber nicht die Parteien oder deren Vertreter, sondern andere, zum Vertragsschlusse nicht bevollmächtigte Personen die mittelst Telephon Verhandelnden, — liegt also ein rechtsgeschäftlicher Verkehr unter Abwesenden vor, so kommt für die Frage nach dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Annahme der § 130 Abs. 1. S. 1. B. G. B. zur Anwendung.[1]) Was ist nun unter dem „Zugehen" des § 130 B. G. B. zu verstehen und wann ist insbesondere bei der Annahme mittelst Fernsprechers die Erklärung zugegangen?

Das Reichsgericht[2]) versteht unter Zugang den Zeitpunkt, in welchem die Erklärung mit Willen des Erklärenden in die Hände oder zu Gehör desjenigen gelangt, an welchen sie gerichtet ist, der dadurch die Erklärung in Erfahrung bringt oder doch bringen kann. Es fügt hinzu, daß dieser Zweck schon dann erreicht werde, wenn z. B. der Brief, der eine Willenserklärung enthält, in Abwesenheit des Empfängers einem Familienangehörigen oder einem Dienstboten desselben abgeliefert werde, sodaß der Brief in den Machtbereich des Empfängers gelange, der in solchen Fällen in die Möglichkeit gesetzt wäre, von der Willenserklärung Kenntnis zu nehmen. Entscheidend ist nach der reichsgerichtlichen Ansicht nicht das Tun des Erklärenden, sondern gemäß der vom B. G. B. zum Ausdrucke gebrachten Empfangs-

[1]) Anderer Ansicht Koppers in der „Deutschen Juristenzeitung" 1901. S. 112. Zustimmend Francke in „Das Recht" S. 201. Joerges S. 69.

[2]) Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 56 S. 262. Mit dem Reichsg. übereinstimmend ferner Enneccerus S. 386, Goldmann-Lilienthal S. 170, Siecke Dissert. S. 51 und, mit Beschränkung auf schriftliche Erklärungen, auch Koppers in „Gruchots Beiträgen" S. 227.

theorie die Tatsache, daß die Erklärung in die Hände oder doch wenigstens in die Verfügungsgewalt des Empfängers gelangt, und hiermit die Möglichkeit der Kenntnisnahme erreicht ist. Dieses Erfordernis wird auch von der gesamten Literatur[1]) für den Begriff des Zugehens zum mindesten verlangt. Verschiedenheit herrscht nur darüber, wann die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben ist.

In einer Entscheidung vom 29./3. 1905[2]) will das R. G. die Beantwortung der Frage, wann die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben ist, nach der Lage des Einzelfalles sich richten lassen. Es nimmt aber an, daß ein Brief zugegangen sei, wenn er in die Wohnung des Adressaten gelangt und hier etwa dessen Familienangehörigen oder Dienstboten übergeben sei, ferner dann, wenn die Erklärung in Abwesenheit des Erklärungsgegners in seiner Wohnung einer dort anwesenden Person gegenüber zur Mitteilung an den Gegner mündlich abgegeben werde. In einer ferneren Entscheidung vom 10./10. 1905[3]) spricht das R. G. aus, daß eine schriftliche Erklärung zugeht, wenn die tatsächliche Verfügungsgewalt über das die Erklärung enthaltene Schriftstück erlangt sei. Weiter als hier das R. G. geht Titze[4]), indem er für den Begriff der tatsächlichen Verfügungsgewalt an schriftlichen Erklärungen den Begriff des Besitzes im Sinne des § 854 B. G. B. setzt. Allein, da an mündlichen Erklärungen ein Besitz undenkbar ist, weil er nur an einer Sache erworben werden kann, so paßt diese Bestimmung des Zugehens nur für schriftliche Erklärungen. Da das Gesetz aber zwischen schriftlichen und mündlichen Willenserklärungen nicht unterscheidet, so ist der Zeitpunkt des Zugehens in einer Weise zu bestimmen, die beiden Arten

---

[1]) Vgl. z. B. Cosack S. 180, Dernburg S. 447, Crome S. 393, David S. 235, Hölder, Kommentar S. 291, Planck S. 233, Staudinger [3]) zu § 130 B. G. B., Entsch. des R. G. vom 17./6. 1905, abgedruckt in der „Juristischen Wochenschrift" 1905 S. 488 u. A. m.

[2]) Abgedr. in der „Jur. Wochenschrift". 1905. S. 317.

[3]) a. a. O. S. 716.

[4]) Titze a. a. O. S. 388. Gegen diese Ansicht Dernburg, [9]) zu S. 447.

der Erklärung gerecht wird. Dernburg[1]) hält eine Erklärung für zugegangen, wenn dem Andern die Möglichkeit verschafft sei, von derselben Kenntnis zu nehmen, und wenn nach der Verkehrsübung erwartet werde, daß dies geschehe. Wann aber diese Möglichkeit vorhanden sei, erörtert Dernburg nicht; ebenso wie auch Cosack[2]) zählt er nur casuistisch einige Fälle des erfolgten Zugehens auf. Eine genauere Bestimmung des Zugangs gibt Enneccerus[3]) „Eine Erklärung ist zugegangen, sobald der Empfänger bei normaler Gestaltung seiner Verhältnisse die Kenntnis des Erklärungsinhalts sich verschaffen kann, und die Kenntnisnahme nach den Gepflogenheiten des Verkehrs von ihm erwartet werden muß." Er hält die Machterlangung über die Erklärung selbst, über ihren Gedankeninhalt für notwendig und verlangt ferner, daß der Erklärende das bewirke, was erforderlich ist, damit die Erklärung in den Machtbereich des andern Teiles gelangen könne.[4]) Letzterer Gedanke ist auch schon im A. L. R. § 102 I. 5. ausgesprochen: „In allen Fällen, wo nicht ein Anderes ausdrücklich bestimmt ist, wird dafür gehalten, daß die Annahme in dem Zeitpunkt geschehen sei, wo der Annehmende alles getan hatte, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragenden erforderlich war."

Die Verkehrsanschauung verlangt jedoch, daß der Erklärende das von ihm Erforderte ordnungsgemäß, d. h. in einer von der Verkehrsanschauung gebilligten Weise bewirke.[5])

Wird eine telephonische Annahmeerklärung in das Haus oder in das Geschäftslokal des Antragenden bei dessen Anwesenheit abgegeben, so sieht der Verkehr die Erklärung als ordnungsmäßig erfolgt an. Diese Verkehrsanschauung steht auch mit dem Rechte in Einklang, wie aus folgender Erwägung erhellt: Für die Zustellung bestimmt die C. P. O. im § 180, „daß Zustellungen an jedem Orte erfolgen können,

[1]) Dernburg, S. 447.
[2]) Cosack, S. 180.
[3]) Enneccerus, S. 386.
[4]) Vgl. hierzu Bekker, S. 45.
[5]) Vgl. hierzu Titze, S. 454.

wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird. Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die ausserhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.“ Aus dieser Vorschrift folgt, daß die Zustellung in der Wohnung oder im Geschäftslokale „ordnungsmäßig“ ist, daß aber eine anderweitige Zustellung von der Annahme des Adressaten abhängig gemacht wird. Da nun im § 132 B. G. B. die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher als eine Art des Zugangs diesem gleichgestellt wird, so ist es naheliegend, gleichfalls anzunehmen, daß die in das Haus oder in das Geschäftslokal gelangte Willenserklärung „ordnungsmäßig“ abgegeben ist. So erklärt es sich, daß bei Abwesenheit des Antragenden der Annehmende versuchen muß, die Erklärung in dessen Haus oder Geschäftslokal gelangen zu lassen. Dies kann auch durch ein Ferngespräch in Abwesenheit des andern Teiles geschehen. Auf diesem Standpunkte steht auch das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung vom 29./3. 1905.

Es ist zum „Zugehen“ des § 130 B. G. B. erforderlich, daß durch die Annahmeerklärung dem Antragenden Gelegenheit geboten wird, Kenntnis von ihrem Inhalt zu nehmen, während wirkliche Kenntnisnahme nicht nötig ist. Andernfalls würde der Annehmende von der Geneigtheit des Antragenden, den Erklärungsinhalt zur Kenntnis zu nehmen, abhängig sein. Deshalb erklärt Hölder[1]) es für ein Bedürfnis des Verkehrs, „daß die Wirksamkeit einer Willenserklärung nicht von den besonderen Zuständen oder dem besonderen Verhalten des Empfängers und von dem wegen seiner zeitweiligen Abwesenheit oder anderweitigen Beschäftigung für ihn bestehenden vorübergehenden Hindernissen der Kenntnisnahme abhängen darf.“ Voraussetzung ist natürlich, daß die Erklärung in einer von der Verkehrsanschauung gebilligten Weise zu einer verkehrsüblichen Zeit erfolgt ist.

---

[1]) Hölder, Kommentar, S. 291. Vgl. auch „Deutsche Juristenzeitung 1901. S. 341.

Die Gleichstellung der Erklärung, von der der Antragende Kenntnis genommen hat, mit der Erklärung, von der er Kenntnis hätte nehmen können, folgt aus dem richtigen Grundsatze, „daß der Urheber der Erklärung dafür zu sorgen hat, daß sie zur Kenntnis der Gegenpartei gelangen könne, daß aber eine solche Vereitelung oder Verzögerung, die zu erwarten Jener keine Ursache hat, den rechtlichen Erfolg der Erklärung nicht hindern soll, wenn sie dem Lebensgebiete ihres Empfängers angehört.“[1])

Auf Grund dieser Erwägungen gelangen wir zu folgender Definition des „Zugehens“:

„Zugegangen ist eine Willenserklärung, wenn der Erklärende ordnungsgemäß das nach der Verkehrsanschauung von ihm Erforderte derart ausgeführt hat, daß der Empfänger unter normalen Umständen die Kenntnis des Erklärungsinhalts sich verschaffen kann und Verschaffung der Kenntnisnahme nach der Verkehrssitte von ihm erwartet wird.“[2]) Diese Bestimmung des Zugehens trifft immer dann zu, wenn die Annahme in den Machtbereich des Antragenden gelangt ist, vermeidet aber diesen Ausdruck, gegen dessen Anwendung auf mündliche Willenserklärungen an Hausgenossen Koppers[3]) sich u. E. mit Recht wendet. Ist hiernach die telephonische Annahme unter Abwesenden zugegangen, so ist der Vertrag rechtswirksam geschlossen.

§ 6.

Bei Beantwortung der Frage, ob die Annahmeerklärung zugegangen ist, wenn sie nicht von dem Antragenden oder seinem Bevollmächtigten, sondern von einer Person ohne ausdrückliche Vertretungsmacht am Fernsprecher entgegengenommen ist, gehen wir wiederum von dem Wortlaut des § 130 aus. Hier wird von einer Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, gesprochen. Das besagt,

[1]) Hölder, „Zur Theorie der Willenserklärung“ S. 99.

[2]) Vgl. Hölder a. a. O. S. 128. Derselbe in der „Deutschen Juristenzeitung“ S. 341 „Die Erklärung ist mir zugegangen, wenn ihre Kenntnisnahme nach den Regeln des Lebens als eine mir zugänglich gemachte anzusehen ist.“ Aehnlich Enneccerus S. 386.

[3]) Koppers, „Deutsche Juristenzeitung“ 1906. S. 75.

ohne daß dem Sinne Zwang angetan zu werden braucht, daß die Erklärung stets in Richtung auf den Andern und mit dem Willen, mit ihm persönlich zu verhandeln, abgegeben werden muß, m. a. Worten, daß zunächst er selbst anzurufen ist. Meldet sich der Andere nicht, weil er abwesend ist, so ist die Erklärung auch ihm gegenüber abgegeben, wenn sie gerade wegen seiner Abwesenheit einer dritten Person ohne Vertretungsmacht gegenüber erfolgt, vorausgesetzt, daß sich diese in einem gewissen nahen Verhältnisse zu dem „Andern" befindet.

Weiter verlangt § 130 B. G. B., daß die Erklärung dem Andern zugegangen sein muß. Nun ist ihm, (dem Andern) zugegangen z. B. auch die während seiner Abwesenheit etwa seiner Ehefrau oder seinem Handlungsgehülfen abgegebene Erklärung. Ergeht auch eine solche Erklärung nicht an den abwesenden Andern selbst, so ist sie doch zweifelsohne für ihn bestimmt. Sie steht auch einer Erklärung an ihn persönlich gleich, da nach dem Begriffe des Zugehens genügt, wenn ihm Gelegenheit geboten ist, den Sinn der in seiner Abwesenheit für ihn abgegebenen Erklärung zu seiner Kenntnis zu bringen. Es kommt nicht in Betracht, ob der Andere Kenntnis davon hat, daß ihm die Erklärung zugegangen ist. Erforderlich ist nur, daß der in § 5 a. E. aufgestellten Bestimmung des Zugehens genügt ist.

Auf einem andern Standpunkt steht hier besonders Koppers[1]). Nach der von Koppers vertretenen Ansicht wird eine telephonische Annahme gegenüber einer nicht bevollmächtigten Person erst rechtswirksam, wenn die Mittelsperson die Erklärung zur Kenntnis des abwesenden Antragenden bringt. Wollte man diese Ansicht billigen, so würde das heißen, statt der Empfangstheorie die vom Gesetze verworfene Vernehmungstheorie für Willenserklärungen unter Abwesenden einführen. Koppers nimmt an, daß eine mündliche Erklärung nur dann mit Wirksamkeit erfolgen könne, wenn ihr Empfänger, (der Antragende selbst),

[1]) Vgl. die Ausführungen von Koppers in „Gruchots Beiträgen." 1902. S. 228 f. Derselbe in der „Deutschen Juristenzeitung." 1901. S. 112 und 1906 S. 75.

sich in Hörweite befinde. Er folgert diesen Satz aus der Tatsache, daß das gesprochene Wort nur durch das Gehör und nur in dem Augenblicke des Sprechens wahrgenommen werden kann. Daß diese Folgerung zu weit geht, ergiebt sich daraus, daß der angeführte Erfahrungssatz nur einen Hörer, der nicht immer der Antragende oder dessen Vertreter zu sein braucht, in Hörweite verlangt. Von Oertmann[1]) wird eingewandt, daß für die Abgabe mündlicher, der Verkörperung entbehrender Erklärungen der § 130 in vollem Umfange unverwendbar sei, da das bei ihr fehle, was allein den Gegenstand des Zugehens bilden könne. Oertmann will ebenfalls die Empfangsbedürftigkeit derartiger Erklärungen durch die Vernehmungsbedürftigkeit ersetzen. Zugehen kann nach Oertmann's Ansicht nur etwas sinnlich Wahrnehmbares, real Vorhandenes, mit anderen Worten nicht die Erklärung als Akt, sondern die Verkörperung der Erklärung durch Schriftzeichen oder sonstige Beurkundungsmittel. Dieser Anschauung steht der klare Wortlaut des § 130 B. G. B. entgegen. Erstlich unterscheidet § 130 B. G. B. wie schon hervorgehoben, nicht zwischen mündlichen und schriftlichen Erklärungen und findet auf Willenserklärungen beider Art in gleicher Weise Anwendung; zweitens spricht das Gesetz ausdrücklich von dem Zugehen der Erklärung selbst. (Die Erklärung wird wirksam, indem sie zugeht.) Die schriftliche Erklärung ist ebenso wie die mündliche bezw. telephonische Erklärung nur das Mittel, um das Zugehen der Willenserklärung zu bewirken.

Für die eingangs aufgeworfene Frage bemerkt Hölder u. E. mit Recht: „Werden in meiner Wohnung Personen angetroffen, die in häuslicher Gemeinschaft mit mir stehen und nicht durch ihre tatsächliche Beschaffenheit ungeeignet sind, Mitteilungen an mich zu übermitteln, so steht die Mitteilung an diese der Mitteilung an mich selbst gleich.“[2])

[1]) Oertmann in „Das Recht.“ X. Jahrgang. 1906. S. 721.

[2]) Hölder, Kommentar S. 293. Vgl. Staub, S. 1285. Anm. 8 b. Anderer Ansicht Koppers in „Gruchots Beiträgen“ S. 229 (auf Grund der von ihm in Wirklichkeit angewandten Vernehmungstheorie), ferner Planck, [3]) zu § 130, Dernburg, [8]) zu S. 447, Hellwig in der „Juristischen Wochenschrift.“ 1905. S. 365 f.

Die von Koppers für die Empfangstheorie geforderte Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Empfänger ist der Vertragspartei gegeben, und zwar, wie bei Abgabe eines Briefes an einen geeigneten Hausgenossen, so auch bei einer mündlichen bezw. telephonischen Erklärung an ihn. Es besteht nur der allerdings unerhebliche Unterschied, daß der Brief durch sein Vorhandensein die Kenntnisnahme des Inhalts sicherer gewährleistet, als die dem Gedächtnisse des Hausgenossen anvertraute mündliche Erklärung. Doch ist hier wie dort die Vertragspartei auf die Zuverlässigkeit ihres Hausgenossen angewiesen, weil dieser jederzeit die Uebermittlung verhindern kann, sei es durch Vernichtung des Briefes oder durch Unterdrückung der stattgehabten Unterredung.

Wer ist nun geeignet, rechtsgeschäftliche Erklärungen für den Antragenden in Empfang zu nehmen? Im Allgemeinen darf man diese Fähigkeit für erwachsene Haus- und Familienangehörigen sowie für Angestellte im Erwerbsgeschäfte annehmen, sofern sie die erforderlichen geistigen Fähigkeiten besitzen. Für Letztere hat das Reichsgericht[1]) die Befugnis zur Entgegennahme rechtsgeschäftlicher Erklärungen mit Rechtswirksamkeit für oder gegen die Partei selbst ausdrücklich ausgesprochen. Wenn auch diese Befugnis von Fall zu Fall festgestellt werden muß, so läßt sich allgemein doch sagen, daß der die Befugnis besitzt, welcher zu der Partei in so nahem Verhältnisse steht, daß nach der Verkehrsanschauung an ihn rechtsgültige Erklärungen abgegeben werden können, vorausgesetzt, daß der Erklärende seine Erklärung nicht gegenüber der Partei selbst abgeben konnte. So ist z. B. die telephonische Annahme rechtswirksam, wenn sie an die Ehefrau, den Handlungsgehülfen oder eine sonstige, ständig in den Diensten des Betreffenden stehende Person gelangt; auf den Einzelfall wird es dagegen ankommen, wenn die Erklärung von einer sich nur zufällig am Telephon befindlichen Person entgegengenommen wird. Die Gelegen-

[1]) Entsch. vom 17./6. 1905 in der „Juristischen Wochenschrift" 1905. S. 488, ebenso Staub Anm. 31, S. 1290.

heit zur Kenntnisnahme der Erklärung ist hier dem Antragenden nicht so sicher gegeben wie im ersten Falle. Es muß jedoch mit der herrschenden Meinung erfordert werden, daß die Uebermittlungsperson genügende geistige Fähigkeit zur Mitteilung an die Partei besitzt, da sonst mit der Möglichkeit der Kenntnisnahme auch das Zugehen der Erklärung wegfällt.[1])

Von Hellwig[2]) wird bemängelt, daß nach der vorgetragenen Ansicht der Erklärende und der Adressat den Zeitpunkt der Erklärung an den Hausgenossen gegen sich gelten lassen müssen. Er stellt es als bedenklich hin, daß der Adressat die Gefahr tragen solle, wenn z. B. eine Erklärung an dessen erwachsenes Dienstmädchen abgegeben wird, und dieses trotz sonstiger Zuverlässigkeit dem Adressaten die Erklärung garnicht oder falsch übermittelt, daß er aber in jedem Falle die Gefahr tragen solle, wenn es dies, sei es auch erst nach Wochen, tue. Gegenüber diesem Einwand Hellwig's ist zu betonen, daß jede der Parteien die Gefahr falscher, verspäteter oder unterlassener Uebermittlung so lange zu tragen hat, bis sie das von der Verkehrsanschauung von ihr Erforderte getan hat. Der entscheidende Zeitpunkt ist für beide Parteien der des ordnungsmäßigen Zugangs. Von diesem Zeitpunkt an hat der Adressat die Gefahr zu tragen, weil jeder Seite die Unzuverlässigkeit und Unterlassung ihrer „Helfer" zur Last fällt,[3]) der Hausangehörige aber „Helfer" des Adressaten ist. Dementsprechend bemerkt richtig Hölder[4]): „Es ist angemessen, wenn die Wahl zwischen der Bestimmung eines Nachteils für den Einen oder den Anderen ist, daß jedem der Nachteil einer solchen Störung zufalle, die innerhalb seines Lebensgebiets sich ereignet hat; ob er sie verschuldet hat oder nicht, ist dafür gleichgültig, denn keinesfalls hat sie der Andere verschuldet und, wenn sie einen Nachteil ent-

[1]) Dernburg, S. 449, Staudinger, [2]) zu § 131, Joerges, S. 68, Staub, S. 1284 f. Anm. 8. b.

[2]) Hellwig „Reichsgerichtliche Judicatur über das Zugehen von Willenserklärungen." (Jur. Wochenschrift. 1905. S. 357 f.)

[3]) Endemann, S. 312. Anm. 20.

[4]) Hölder, „Zur Theorie der Willenserklärung" S. 100.

weder für den einen oder den Andern haben muß, ist das Ergebnis vorzuziehen, daß sie ihn für jenen hat.“ Würde man die Gefahr der nicht richtigen Uebermittlung der Erklärung statt dem Empfänger dem Erklärenden auferlegen, so wäre dieser einerseits abhängig von der Geneigtheit des Anderen, die Erklärung entgegen zu nehmen, andererseits würde ihm die Unzuverlässigkeit der Haus- oder Geschäftsangehörigen des Anderen zur Last fallen, was offenbar nicht der Billigkeit entspricht.

§ 7.

In der Litteratur[1]) findet sich vorwiegend die Auffassung vertreten, daß die zum Hausstande oder zum Geschäftspersonal gehörige Person, an die die telephonische Annahme statt an die Vertragspartei selbst gelangt, Bote des Erklärenden ist. Dieser Auffassung ist entgegen zu treten.

Es sei zugegeben, daß die telephonische Erklärung in erster Linie an die Partei selbst gerichtet sein muß und, wenn dies möglich ist, auch an sie selbst gelangen soll. Erst dann, wenn die Vertragspartei telephonisch nicht zu erreichen ist, ist die telephonische Annahmeerklärung auch gegenüber einer zum Vertrasgschlusse nicht ausdrücklich bevollmächtigten Person ordnungsmäßig und genügend, sofern sie an diese mittels des in der Wohnung oder dem Geschäftslokale des Antragenden bestehenden Fernsprechanschlusses erklärt wird. Die Erklärung erfolgt mit Rechtswirksamkeit an diese Person als Ersatz der Erklärung an die Partei selbst. Deshalb ist die Rechtsstellung einer solchen Person mit Endemann[2]) richtig als die eines „Ersatzempfängers“, mit der Befugnis, rechtsgeschäftliche Erklärungen für die Partei mit Rechtswirksamkeit für oder gegen diese anzunehmen, zu bezeichnen, ähnlich der Stellung des Ersatzempfängers bei der Zustellung in den §§ 181

[1]) Planck, S. 236. Francke, a. a. O. S. 201, Koppers, bei „Gruchot“ S. 229, Joerges S. 73. Vgl. hiergegen besonders die Ausführungen von Hellwig in der „Jur. Wochenschrift“ 1905. S. 356 f.

[2]) Vgl. Endemann, S. 313 u. 314. [23]) und [26]); auch Pagener, Dissertation, S. 35.

Abs. 1 und 183 Abs. 1 C P. O. Es ist aber zu beachten, daß der Ersatzempfänger bei der Zustellung nur schriftliche Erklärungen entgegennehmen kann, während er hier schriftliche und mündliche Erklärungen in gleicher Weise entgegennehmen kann. Die in den erwähnten Bestimmungen der C. P. O. aufgeführten Personen dürften auch hier als solche angesehen werden können, an die eine derartige telephonische Willenserklärung ersatzweise rechtswirksam abgegeben werden kann. Kraft ihrer besonderen Stellung haben sie für diesen Fall auch o h n e ausdrückliche einzeln erteilte V o l l m a c h t ihrer Partei eine einem Vertreter ähnliche, selbständige Rechtsstellung.

Gegen diese Ansicht wendet sich wiederum Koppers[1]), indem er sich auf die Tatsache stützt, daß eine unmittelbare gesetzliche Vorschrift, nach welcher telephonische Willenserklärungen gewissen Mittelspersonen gegenüber mit Wirksamkeit für den Empfänger abgegeben werden können, nicht besteht und ferner Folgendes ausführt: „Wenn zur Vollendung einer Willenserklärung die mündliche Mitteilung an einen erwachsenen Hausgenossen des Erklärungsgegners genügt, so kann auch der gleiche Erfolg einer schriftlichen Mitteilung in einem an den Hausgenossen gerichteten Briefe beigelegt werden, wenn der Hausgenosse in dem Briefe um Uebermittlung der Erklärung an den Andern angegangen wird.“ Auf den ersten Einwand ist zu entgegnen, daß das Gesetz den Begriff des Zugangs nicht bestimmt, vielmehr diese Bestimmung der Wissenschaft und Rechtsprechung überläßt und somit offen läßt, ob und welchen Mittelspersonen eine Willenserklärung unter Abwesenden rechtswirksam abgegeben werden kann. Die Entscheidung dieser Frage ist also den genannten Faktoren überlassen[2]).

Die fernere Einwendung ist aus folgenden Gründen hinfällig: Eine Rechtswirksamkeit der mündlichen Erklärung wird nur in dem Falle angenommen, wenn die Richtung an die Partei selbst beabsichtigt und zum Ausdrucke gekommen

[1]) Koppers, in „Gruchots Beiträgen“ S. 231 und in der „Deutschen Juristenzeitung“ 1906. S. 75.

[2]) Vgl. auch Hölder, „Zur Theorie der Willenserklärung“ S. 128.

ist, die Erklärung an sie aber wegen Abwesenheit nicht möglich war, nicht aber im zweiten Falle, weil hier auch trotz Erreichbarkeit der Partei die Erklärung in erster Linie an den Hausgenossen gerichtet und nur diesem zugegangen ist. Ferner vermochte der Erklärende auch bei Abwesenheit des Andern sein Schreiben an diesen selbst zu richten und konnte es ihm selbst durch die Post rechtswirksam zugehen lassen. — Diesem letzteren Falle steht die ersatzweise erfolgte mündliche Erklärung an den Hausgenossen rechtlich gleich.[1]) Ausschlaggebend ist die Absicht des Erklärenden, dem Andern selbst die Erklärung abzugeben und die nach den Umständen ordnungsgemässe Ausführung derselben. Ruft er z. B. mittels Fernsprechers den Andern an, meldet dieser sich aber nicht, sondern an dessen Stelle etwa seine nicht ausdrücklich zum Vertragsschluß bevollmächtigte Ehefrau, so ist bei einer Annahme gegenüber dieser der Vertrag vollendet, weil dem Andern die Möglichkeit späterer Kenntnisnahme gleichwie durch einen in seiner Abwesenheit ihm zugegangenen Brief gewährt ist.

Aus der von Koppers[2]) vertretenen Ansicht erklärt es sich leicht, daß er wie viele Andere die rechtliche Stellung des Hausgenossen als die eines Boten auffaßt und den Vertrag erst bei Ausrichtung der Botschaft an die Partei selbst zustande kommen läßt. Der Bote ist aber nach der im § 120 B. G. B. gegebenen Bestimmung „das Werkzeug des Erklärenden für die Uebermittlung von dessen Willen." Er hat keinesfalls die Befugnis, mit sofortiger Wirksamkeit für und gegen den Erklärenden und die andere Partei die Annahmeerklärung entgegennehmen zu können. Diese Befugnis ist jedoch nach der u. E. richtigen Auffassung den Haus- oder Geschäftsangehörigen zuzubilligen. Es folgt hieraus, daß, weil die Befugnisse dieser Personen anders geartet und umfangreicher als die von Boten sind, eine

[1]) Zustimmend Rehbein, S. 251, der den Hausgenossen, an den die mündliche Erklärung für den Hausherrn ergeht, rechtlich dem Briefkasten gleichstellt, in welchen die für diesen bestimmten rechtsgeschäftlichen Erklärungen gelangen.

[2]) Koppers, in „Gruchots Beiträgen" S. 229.

rechtliche Klassifizierung als „Boten" des Erklärenden für sie nicht in Betracht kommt. Der Ansicht Staudingers[1]), der den Hausgenossen wie ein Empfangswerkzeug des Adressaten nach Analogie des „Boten" behandelt, tritt mit Recht Hellwig a. a. O. entgegen, weil der Bote die Erklärung nur übermittle, niemals aber Empfangswerkzeug sei.

Es würde vielleicht fraglich erscheinen, ob etwa Vertretung ohne Vertretungsmacht hier in Betracht kommt. Der einschlägige § 180 S. 3 B. G. B. bestimmt, daß die Vorschriften über Verträge (§§ 177, 178, 179) entsprechende Anwendung finden, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnis vorgenommen wird. Es wäre also ausser dem Einverständnis des Vertreters ohne Vertretungsmacht nach § 177 Abs. 1 B. G. B. auch die Genehmigung des Andern zur Wirksamkeit nötig. Somit hätte der Vertreter ohne Vertretungsmacht wie auch der Andere selbst es in der Hand, das Zustandekommen des Vertrages zu verhindern. Dieses Ergebnis würde weder der Billigkeit noch den Anforderungen des Verkehrs entsprechen.

Wie keine Vertretung ohne Vertretungsmacht, so würde aus ähnlichen Gründen auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677 B. G. B.) nicht in Betracht kommen. Würde man diese annehmen, so hätte der Hausgenosse das Geschäft so zu führen, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert. Gegebenen Falles hätte der Hausgenosse demnach die Pflicht, die Entgegennahme einer dem Geschäftsherrn nachteiligen Annahmeerklärung zu weigern. Man denke z. B. an den Fall, daß der Preis einer angebotenen Ware zwischen dem Zeitpunkt des Antrages und dem der Annahme erheblich gestiegen ist. Hier wäre es Pflicht des Hausgenossen als unbeauftragten Geschäftsführers, sich der Annahmeerklärung zu entziehen, weil dies im Interesse des Geschäftsherrn liegt und seinem mutmaßlichen Willen entspricht. Man würde hier zu einem ähnlichen Ergebnis wie oben kommen.

---

[1]) Staudinger, Vorbemerkung No. 6 zu § 164 B. G. B.

§ 8.

Diese Erwägungen legen es nahe, die Frage zu beantworten, wie zu entscheiden ist, wenn ein Zugang der Annahme nicht erfolgen konnte, weil auf Anruf Niemand am Telephon des Antragenden erschien, sei es, daß zufällig Niemand anwesend war, oder daß sich der Antragende der ihm ungünstigen Annahme entziehen wollte.

Diese Frage wird von der Literatur in verschiedener Weise zu lösen gesucht. Planck[1]) behandelt diesen Fall in gleicher Weise wie den oben erwähnten Fall, daß der anwesende Hausgenosse zur Entgegennahme der Annahme nicht ermächtigt war. Dieser Ansicht dürfte aus dem Grunde entgegenzutreten sein, weil im letzteren Falle die Annahmeerklärung, anders wie im ersten Falle, zugegangen ist.

Habicht[2]) sucht für den Fall, daß innerhalb einer Annahmefrist kein Zugang der Erklärung erfolgt ist, durch Heranziehung des § 162 B. G. B. zu helfen. Er bezeichnet die im Vertragsantrag enthaltene Bestimmung, wodurch dem Gegner für die Ausübung des Rechts, den Vertrag durch die Annahmeerklärung zu stande zu bringen, eine Frist gesetzt ist, (sei es ausdrücklich oder in stillschweigender Unterwerfung unter die Dispositivsätze des Gesetzes — z. B. § 147 B. G. B.) als eine Bedingung, von der jenes Recht abhänge. Das Recht des Gegners, den Vertrag zustande zu bringen, sei also von der Bedingung, daß vor dem bestimmten Zeitpunkte dem Gegner die entscheidende Erklärung abgegeben wird, abhängig. Habicht fingiert für den Fall unter Zugrundelegung des § 162 B. G. B. diese Bedingung als eingetreten, wenn ihr Eintritt von dem Antragenden, zu dessen Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert werde.

---

[1]) Vgl. Planck, S. 237.

[2]) Vgl. zu Folgendem: Habicht in der „Deutschen Juristenzeitung." 1901. S. 265 ff., ferner die Entscheidung des R. G. Bd. 58, S. 408 f., welches bei verspätetem Zugange der innerhalb einer Frist abzugebenden Willenserklärung beim Vorliegen einer Arglist die Fiction der Rechtzeitigkeit des Zugangs auf Grund von § 162 B. G. B. für begründet erklärt. Dieser Ansicht ist aus gleichem Grunde wie der von Habicht vertretenen Meinung entgegenzutreten.

Auf andere Weise will Habicht zum Ziel kommen, falls von Seiten des Antragenden nicht ein Handeln wider Treu und Glauben, sondern andere, in der Person des zur Entgegennahme Verpflichteten liegende Umstände die Abgabe der Willenserklärung hindern. Er will hier die Vorschriften des B. G. B. über den Gläubigerverzug analog anwenden. Sein Gedankengang ist folgender: „Wie der Gläubiger eine Leistung des Schuldners entgegenzunehmen hat, so hat in unserm Falle der Adressat eine Willenserklärung des Gegners entgegenzunehmen. Nimmt der Gläubiger die ihm gehörig angebotene Leistung des Schuldners nicht an, so gerät er in Verzug, d. h. die aus der Nichtannahme entstehende Nachteile muß er tragen. Diese Folge trifft den Gläubiger nach dem B. G. B., ohne daß ihm irgend ein Verschulden bei der Nichtannahme zur Last zu fallen braucht. Auch eine völlig unverschuldete Verhinderung des Gläubigers durch Tod oder schwere Erkrankung schadet nicht dem Schuldner, der die ihm obliegende Leistung zu bewirken bereit war, sondern wirkt zum Nachteil des Gläubigers. Entscheidend ist lediglich, daß der Schuldner die Leistung gehörig angeboten hat, sie aber infolge von Umständen, die auf Seiten des Gläubigers lagen, nicht hat bewirken können. Dieselben Grundsätze müssen bei einer Verhinderung des Adressaten in der Entgegennahme von Willenserklärungen gelten, denn die Stellung des Gläubigers und des Adressaten ist in beiden Fällen die gleiche: sie sollen nichts leisten, sondern etwas entgegennehmen."

Gegen die Heranziehung des § 162 B. G. B. im Falle eines Handelns wider Treu und Glauben auf Seiten des Antragenden wendet sich mit Recht Hölder[1]) mit der Bemerkung, „daß auf ein gesetzliches Erfordernis der Existenz einer Willenserklärung nicht ein Rechtssatz angewendet werden könne, der auf bedingte Rechtsgeschäfte sich bezieht, und daß das in § 130 statuierte gesetzliche Erfordernis des Zugangs nicht fingiert werden, die Willenserklärung

[1]) Hölder, in der „Deutschen Juristenzeitung" 1901. S. 340 ff. Gegen Habicht ferner David, a. a. O. S. 233 u. 236, Dernburg, S. 451. Anm. 22, Planck, S. 236, Staudinger, Note 10 zu § 130, Joerges, S. 74.

nie zur rechtlichen Existenz gelangen könne ohne ihre wirkliche Vollziehung.“ Es ist gegensätzlich aus § 130 B. G. B. zu folgern, daß eine Willenserklärung, die einem Andern abzugeben ist, nicht wirksam wird, wenn sie ihm nicht zugeht. Es kann das gesetzliche Erfordernis für das Zustandekommen des Vertrages nicht einfach ausgeschaltet werden. Hiernach entfällt auch die von Einigen[1]) zugelassene analoge Anwendung des § 162 B. G. B.

Gegen die von Habicht für den Fall, daß kein Handeln wider Treu und Glauben dem Adressaten bei der Entgegennahme der Annahmeerklärung zur Last fällt, angewandte Konstruktion (Analogie des Gläubigerverzugs), ist u. E einzuwenden, daß, wie der Verzug des Gläubigers ein Schuldverhältnis voraussetzt, so auch die analoge Anwendung der Bestimmungen über den Gläubigerverzug zum mindesten ein ähnliches Rechtsverhältnis erfordert. Nun besteht, falls nicht ausdrücklich die Abgabe und Entgegennahme einer Erklärung vertraglich bestimmt ist, allgemein gegenüber dem Erklärenden keine Verpflichtung zur Entgegennahme der Annahmeerklärung.[2]) Sie kann auch, wie v. Blume in Uebereinstimmung mit Hölder[3]) bemerkt, aus der im § 145 B. G. B. festgesetzten Gebundenheit des Antragenden an seinen Antrag nicht hergeleitet werden. Es besteht jedoch die Möglichkeit, im konkreten Falle eine derartige Verpflichtung anzunehmen. Bietet z. B. A. dem B. eine bestimmte Ware mit der vertraglichen Abrede zum Kaufe an, daß er nur bis zu einem genau bestimmten Zeitpunkte an seinen Antrag gebunden sein wolle, während B. verspricht, eine telephonische Erklärung über das Angebot bis zu diesem

[1]) Staudinger, Anm. 10 zu § 130, Staub, S. 1285, Enneccerus, S. 388 Note 8. Pagener, Dissertation, S. 43; anderer Ansicht David, S. 234.

[2]) So auch Staudinger, [10]) zu § 130 B. G. B., Frankenburger, S. 846. Hölder, „Deutsche Juristenzeitung,“ 1901. S. 340 f. David, S. 236, Enneccerus, S. 388. Anm. 8 und S. 400; Titze, a. a. O. S. 451 ff. Pagener, Dissertation, S. 39; dagegen nehmen abweichend diese Verpflichtung an: Planck, S. 237, Habicht, „Deutsche Juristenzeitung“ 1901. S. 267, Endemann, S. 313, Joerges a. a. O. Anm. 71 und, allerdings unter Einschränkung bezüglich bestehender Rechtsverhältnisse, auch Dernburg, S. 450, Note 21.

[3]) v. Blume, a. a. O. S. 16, Hölder gegen Habicht in der „Deutschen Juristenzeitung“ 1901. S. 340 f.

Zeitpunkt abzugeben, so würde A., wenn er sich der Entgegennahme einer Erklärung entzieht, hierdurch seine Verbindlichkeit aus dem Vertrage verletzen. Durch das Verhalten des A. ist die vertragliche Leistung des B., im Falle der Billigung des Antrags dem A. die Annahme desselben durch Fernsprecher zu erklären, unmöglich geworden. Stellt das Verhalten des A. einen Umstand dar, den er zu vertreten hat, so behält B. zufolge § 324 B. G. B. den Anspruch auf Gegenleistung, d. h. A. bleibt unter denselben Bedingungen zur Entgegennahme einer Erklärung auch nach dem Ablaufe der Frist verpflichtet. Es wäre allerdings von B. etwa durch eine Bescheinigung der Postanstalt nachzuweisen, daß er versucht hat, innerhalb der Frist mit A. in telephonische Verbindung zu treten. Auf die Nichtbeachtung des § 148 B. G. B. kann sich A. bei der verspäteten Annahme nicht berufen, da durch Umstände, die in seiner Person liegen, die Wahrung der Frist durch B. verhindert ist.

Die von Titze[1]) befürwortete Analogie des Gläubigerverzuges ist für den Fall, daß keine vertraglichen Abreden über die Entgegennahme der Annahmeerklärung getroffen sind, unanwendbar. Bei dem Nichtbestehen einer Verpflichtung zur Entgegennahme der Annahme entfällt die analoge Anwendung der § 293 ff. B. G. B. schon um dessentwillen, weil die Annahme in dem Belieben der Partei steht, der das Angebot gemacht ist. Es kommt hinzu, daß ein Angebot einer Leistung tatsächlich nicht erfolgt ist und nicht erfolgen konnte, weil ein Ferngespräch nicht zu stande kam. Das wörtliche Angebot einer Leistung bildet aber Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 293 ff. B. G. B.

Das Reichsgericht will in der angeführten Entscheidung vom 13. Juli 1904[2]) für den Fall, dass die rechtzeitige Abgabe der Annahmeerklärung innerhalb der gesetzlichen oder vertragsmässigen Frist durch Umstände, die vom Adressaten verschuldet sind, nicht erfolgte, es zulassen, dass die Erklä-

---

[1]) Titze, a. a. O. S. 451 ff.
[2]) Entsch. des R. G. Bd. 58. S. 408.

rung auch noch später, und zwar unverzüglich nach Beseitigung des Hindernisses, nachgeholt werde, und dass die verspätete Erklärung als rechtzeitige zu gelten habe. Es greift zur Begründung dieser letzten Fiktion nicht auf eine Gesetzesbestimmung zurück, sondern folgert sie aus den Grundsätzen von Treu und Glauben, die den ganzen rechtsgeschäftlichen Verkehr beherrschen: „Wer die Verspätung des Zugehens einer für ihn bestimmten Willenserklärung verschuldet hat, hat dadurch freilich nicht gegen Treu und Glauben verstossen; wohl aber handelt er gegen Treu und Glauben, wenn er aus seinem Verschulden zum Nachteile eines andern einen Vorteil herleiten will.“ v. Blume [1]) bemerkt demgegenüber u. E. mit Recht: „Wir haben neben dem ius civile des B. G. B. kein prätorisches Recht, das nach billigem Ermessen vom Richter gesetzt würde. Treu und Glauben bedeuten für den Richter einen Massstab bei der Anwendung des Rechtes, nicht aber einen Freibrief für das Billigkeitsgefühl.“

Planck a. a. O. will denjenigen, der der (von Planck angenommenen) Verpflichtung zur Entgegennahme der Annahmeerklärung schuldhaft zuwiderhandelt, auf Schadenersatz haften lassen Es sei gemäss § 249 B. G. B. der Zustand hervorzurufen, der bestehen würde, wenn der zum Schadenersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Bei einer Annahmeerklärung, die innerhalb einer Frist zugehen müsse, würde der hervorzurufende Zustand darin bestehen, dass die Erklärung innerhalb der Frist abgegeben wäre; Planck giebt selbt zu, dass etwas, was innerhalb einer Frist nicht geschehen ist, als fristgerecht geschehen nicht einfach fingiert werden könne. Indirekt will er indessen die fristgerechte Annahme dadurch ersetzen, daß der zum Schadenersatze Verpflichtete sich so behandeln lassen müsse, als wenn das nicht Geschehene geschehen sei, die Erklärung also innerhalb der Frist ihm gegenüber wirksam abgegeben wäre. Hinzukommen müsse freilich, daß die Annahmeerklärung unverzüglich nachgeholt werde.

[1]) v. Blume, in „Iherings Jahrb.“ Bd. 51. S. 22.

Die Planck'sche Konstruktion leidet u. E. daran, daß, wie schon eine Verpflichtung zur Entgegennahme der Annahmeerklärung im Allgemeinen nicht besteht, so auch eine Verpflichtung, sich so behandeln lassen zu müssen, als wenn das nicht Geschehene dennoch geschehen sei, für den Antragenden nicht vorhanden ist. Da die Verpflichtung zur Entgegennahme und damit die Schadenersatzpflicht des Adressaten entfällt, so kann von einer anderweitigen, hieraus folgenden Verpflichtung nicht die Rede sein. Uebrigens begründet Planck seine Ansicht bei Besprechung eines praktischen Falles, in dem, wie in § 6 unserer Abhandlung ausgeführt ist, die telephonische Annahme durch Abgabe der Erklärung an eine zum Hausstande des Antragenden gehörige Person ohne ausdrückliche Vertretungsmacht rechtswirksam erfolgt ist. Hier wäre also eine derartige Konstruktion wie die von Planck angewandte überflüssig.

Die auf Grund der Gebundenheit des Anderen dem Annehmenden eingeräumte Berechtigung, den Vertrag durch eine in sein Belieben gestellte Erklärung zu stande zu bringen, welche zwar kein Forderungsrecht ist, sich aber dennoch insoweit gegen die Person des Antragenden richtet, daß ihre Ausübung einen für ihn bindenden Vertrag bewirkt, (ein sogenanntes Kannrecht), erachtet Breit[1]) als durch den § 823 B. G. B. für geschützt, indem er sie den dort aufgeführten „sonstigen Rechten" zuzählt. Diese Ansicht ist jedoch nicht zu billigen. Wie bereits dargelegt ist, steht der genannten Berechtigung allgemein keine Verpflichtung des andern Teils gegenüber, die Erklärung entgegenzunehmen. Diese Berechtigung des Annehmenden ohne Verpflichtung des Gegenkontrahenten fällt nicht unter die im § 823 B. G. B. aufgezählten Rechte. Denn, wie das Reichsgericht[2]) zutreffend ausführt, fallen unter die „sonstigen Rechte" des § 823 B. G. B. nicht die Forderungsrechte, sondern nur solche Rechte, die mit allen den vorher in § 823 B. G. B. aufgezählten Rechtsgütern das Gemeinsame haben, daß sie von

[1]) Breit, a. a. O. S. 595 ff. Aehnlich Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 50 S. 195.

[2]) Entsch. des Reichsgerichts Bd. 57. S. 353.

jedermann beachtet werden müssen, mithin nur absolute Rechte. Da nun die „Kannrechte“ keine absoluten Rechte, ja nicht einmal Forderungsrechte mangels der erforderlichen Verpflichtung des Antragenden zur Entgegennahme der Annahmeerklärung sind, so kann man hieraus folgern, daß sie durch § 823 B. G. B. nicht geschützt sind. In diesem Sinne wendet auch v. Blume[1]) gegen die Breit'sche Ansicht mit Recht Folgendes ein: „Verletzt werden kann überhaupt nur ein Recht, das sich gegen einen Andern oder die Andern derart kehrt, dass die Pflicht zu einem bestimmten, tätigen oder untätigen Verhalten sich daraus auf der anderen Seite ergiebt. Das Eigenartige des „Kannrechts“ besteht ja nun aber gerade darin, das kraft seiner der Berechtigte etwas kann, ohne daß ein Anderer etwas soll.“ Es kann also der § 823 B. G. B. weder in dem Falle, daß der Antragende sich schuldhaft der ihm innerhalb einer Frist bevorstehenden Annahmeerklärung entzieht, noch in dem Falle, daß die Verhinderung der Annahme ohne sein Verschulden eintritt, Anwendung finden.

Handelt der Antragende aber dolos, so kommt § 826 B. G. B. in Frage, wenn der Vorsatz des Antragenden auf Schadenszufügung gerichtet und durch seine Handlungsweise dem Gegner tatsächlich ein Schaden entstanden ist; der gemäß § 826 B. G. B. zu ersetzende Schaden ist nach § 249 B. G. B. zu leisten. Wäre der zum Schadenersatze verpflichtende Umstand (die dolose Vereitelung der telephonischen Annahme innerhalb einer kurzen Frist) nicht eingetreten, so könnte der Annehmende seine Erklärung rechtzeitig und wirksam abgeben. Da dieser Zustand wiederherzustellen ist, so darf der Annehmende auch unverzüglich nach dem Ablaufe der Frist durch ein anderes Erklärungsmittel die Annahme erklären. Der Antragende kann sich auch hier nicht darauf berufen, daß die vereinbarte Frist nicht eingehalten sei, weil der Grund hierzu in seinem eigenen Verhalten liegt.[2])

[1]) v. Blume, a. a. O. S. 20; gegen Breit auch Staudinger, Note 10 zu § 130 B. G. B.

[2]) Vgl. hierzu auch David, a. a. O. S. 237.

Fällt dem Antragenden kein doloses Verhalten und keine Zuwiderhandlung gegen eine ausdrücklich übernommene Verpflichtung zur Entgegennahme einer Erklärung zur Last, so ist die nachträgliche Annahme als nicht innerhalb der bedungenen Frist erfolgt, unerheblich und ungeeignet, den Vertragsschluß herbeizuführen. (§§ 148, 130 B. G. B.)

§ 9.

Auf den im § 4 der Abhandlung angedeuteten Fall, daß die telephonische Annahme unter Anwesenden von dem Antragenden verhindert wird, soll kurz eingegangen werden.

Soll hier die telephonische Annahme auf den telephonischen Antrag ergehen, und vereitelt der Adressat die Annahme dadurch, daß er, bevor der Annehmende seine Erklärung abgeben konnte, etwa das Hörrohr des Fernsprechers einhängt, oder sonst die Leitung unterbricht, so würde ein Vertrag nicht zu stande gekommen sein, da nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 147 Abs. 1 B. G. B. der Antrag nur sofort angenommen werden kann. Eine sofortige Annahme aber ist nicht erfolgt.

Einige Schriftsteller[1]) stellen dem wirklichen Vernehmen der Erklärung das Vernehmenkönnen gleich, falls der Adressat die Erklärung nicht vernahm, weil er sie nicht vernehmen wollte. Wie David[2]) richtig bemerkt, verstößt diese Ansicht gegen den obersten Grundsatz, daß ein nicht ausgesprochener Wille rechtlich ohne Bedeutung bleibt, und es muß der Erklärende, falls die Erklärung durch Fernsprecher von Person zu Person nicht bewirkt werden kann, und er dennoch die Rechtsfolge der Erklärung eintreten sehen will, dazu übergehen, die Erklärung in anderer Weise abzugeben und dem Andern zukommen zu lassen. Eine lediglich hierdurch veranlaßte Verspätung würde, wie David ausführt, dem Erklärenden unschädlich sein, wenn der Gegenseite in der Vereitelung des Versuchs, ihm die Erklärung abzugeben,

---

[1]) z. B. Planck, Anm. 2 zu § 130 B. G. B. Staudinger, Note 5 zu § 130 B. G. B., Habicht, in der „Deutschen Juristenzeitung." 1901. S. 265 ff. Joerges, S. 70, Note 66, David, S. 236 f.

[2]) David, S. 236 f.

ein Verstoß zur Last fällt. Dieser letzte Satz erleidet jedoch u. E. durch die Bestimmung des § 147 Abs. 1 B. G. B. eine Einschränkung, durch die sofortige Annahme verlangt wird.

Es würde vielmehr bei einem den guten Sitten zuwiderlaufenden Verhalten des Antragenden und beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen des § 826 B. G. B. nur ein Anspruch auf Schadenersatz für den Annehmenden gegeben sein.